



UOHSX00DKK05

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



USNESENÍ

Spisová značka:

ÚOHS-V0063/2020/PZ

Číslo jednací:

ÚOHS-18427/2020/321/HBa

Brno: 18. 6. 2020

V přezkumném řízení zahájeném dle § 94 a násl. zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, z moci úřední, jehož účastníky jsou dle § 95 odst. 4 téhož zákona

zadavatel –

- **Česká republika – Česká rozvojová agentura**, IČO 75123924, se sídlem Nerudova 257/3, 118 00 Praha – Malá Strana,

navrhovatel –

- společníci společnosti „Orahova a Gašnica“:
 - **GEOTest, a. s.**, IČO 46344942, se sídlem Šmahova 1244/112, Slatina, 627 00 Brno,
 - **Ircon, s. r. o.**, IČO 27102246, se sídlem Rybalkova 1433/14, Vinohrady, 120 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena na základě „Smlouvy o společnosti“ ze dne 11. 9. 2019 společností GEOTest, a.s., IČO 46344942, se sídlem Šmahova 1244/112, Slatina, 627 00 Brno,
 - **EKOSYSTEM spol. s r. o.**, IČO 44851804, se sídlem Na Radosti 184/59, Zličín, 155 21 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě „Smlouvy o společnosti“ ze dne 11. 9. 2019 společností GEOTest, a.s., IČO 46344942, se sídlem Šmahova 1244/112, Slatina, 627 00 Brno,

a vybraný dodavatel -

- **VODNÍ ZDROJE, a. s.**, IČO 45274428, se sídlem Jindřicha Plachty 535/16, 150 00 Praha 5 – Smíchov,

ve věci přezkumu rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. **ÚOHS-06495/2020/521/RŠu ze dne 27. 2. 2020**, které bylo vydáno ve společném správním řízení vedeném pod **sp. zn. ÚOHS-S0414/2019,0019/2020/VZ**, o přezkum úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Rozšíření vodovodu do místních částí Orahova a Gašnica“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 3. 9. 2019 uveřejněné na profilu zadavatele dne 4. 9. 2019,

jsem podle § 94 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 ve spojení s § 95 odst. 6 téhož zákona rozhodl takto:

Přezkumné řízení sp. zn. ÚOHS-V0063/2020/PZ se zastavuje.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 18. 11. 2019 návrh navrhovatele – společníků společnosti „Orahova a Gašnica“:

- GEOTest, a.s., IČO 46344942, se sídlem Šmahova 1244/112, Slatina, 627 00 Brno,
- Ircon, s.r.o., IČO 27102246, se sídlem Rybalkova 1433/14, Vinohrady, 120 00 Praha 2,
- EKOSYSTEM spol. s r. o., IČO 44851804, se sídlem Na Radosti 184/59, Zličín, 155 21 Praha 5 (dále též „**navrhovatel**“) –

kterým bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0414/2019/VZ (dále též „**návrhové řízení**“) o přezkumu úkonů zadavatele – Česká republika – Česká rozvojová agentura, IČO 75123924, se sídlem Nerudova 257/3, 118 00 Praha – Malá Strana (dále též „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Rozšíření vodovodu do místních částí Orahova a Gašnica“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

ze dne 3. 9. 2019 uveřejněné na profilu zadavatele dne 4. 9. 2019 (dále též „**veřejná zakázka**“). Účastníkem návrhové řízení je i vybraný dodavatel – VODNÍ ZDROJE, a. s., IČO 45274428, se sídlem Jindřicha Plachty 535/16, 150 00 Praha 5 – Smíchov (dále jako „**vybraný dodavatel**“).

2. Z dokumentace o zadávacím řízení a z průběhu správního řízení ÚOHS-S0414/2019/VZ. Úřad získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem. Proto přípisem sp. zn. ÚOHS-S0019/2020/VZ č. j. ÚOHS-01078/2020/521/RŠu ze dne 10. 1. 2020 zahájil se zadavatelem správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0019/2020/VZ (dále též „**řízení ex offo**“).
3. Dne 20. 1. 2020 Úřad usnesením sp. zn. ÚOHS-S0414/2019,0019/2020/VZ č. j. ÚOHS-01657/2020/521/RŠu z téhož dne spojil dle § 140 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále též „**správní řád**“) z moci úřední správní řízení vedená pod sp. zn. ÚOHS-S0414/2019/VZ a ÚOHS-S0019/2020/VZ do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0414/2019,0019/2020/VZ (dále též „**společné správní řízení**“).
4. Ve společném správním řízení vydal Úřad dne 27. 2. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0414/2019,0019/2020/VZ, č. j. ÚOHS-06495/2020/521/RŠu (dále též „**přezkoumávané rozhodnutí**“), jehož výrokem I vyslovil, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti, když pokračuje v zadávacím řízení na veřejnou zakázku i přes skutečnost, že nemůže dodržet povinnost stanovenou v § 51 odst. 3 zákona, resp. v § 124 odst. 4 ve spojení s § 53 odst. 7 zákona a uzavřít smlouvu v souladu se zadávacími podmínkami a nabídkou vybraného dodavatele, čímž se stal postup zadavatele nečitelným a nepředvídatelným, neboť jediný zákonný způsob ukončení zadávacího řízení spočívá v jeho zrušení. Výrokem II Úřad jako opatření k nápravě zrušil zadávací řízení. Výrokem III Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení spojených správních řízení. Výrokem IV zastavil Úřad dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu návrhové řízení, neboť se žádost (návrh) stala zjevně bezpředmětnou. Výrokem V uložil Úřad zadavateli uhradit náklady správního řízení.
5. Své rozhodnutí v řízení ex offo (výroky I a navazující) Úřad odůvodnil tak, že zadavatel již nemůže dodržet smluvní a zadávací podmínky, konkrétně již není možné v souladu s bodem 3.2. návrhu smlouvy dodržet termíny realizace plánovaných činností. Již není možné, aby vybraný dodavatel provedl a fakturoval do konce prvního fakturačního období stanoveného návrhem smlouvy do 30. 11. 2019 plánované činnosti za rok 2019 spočívající v řízení projektu; dodávce trubního materiálu, armatur, tvarovek; vytyčovacích pracích, výkopových pracích, montáži potrubí, tvarovek a armatur, výstavbě šachet včetně vystrojení v částech „1. DM Gasnica“ a „2. Potisno-distributivni cjevovodi“; výstavbě přívodu el. energie 300 m a výstavbě objektu ČS (3,4 x 4,4 m) v části „3. PS Gasnica“; dodávce materiálu, armatur, tvarovek a elektromateriálu; provedení 2 průzkumných vrtů, elaborat, výstavbě přívodu el. energie 650 m v části „4 KR Orahova“.
6. Výrok IV týkající se návrhového řízení je odůvodněn tím, že předmět návrhového řízení se stal bezpředmětným v důsledku rozhodnutí v řízení ex offo. Zrušené zadávací řízení již není možné podrobit přezkumu a není možné v něm uložit nápravné opatření.

7. Přezkoumávané rozhodnutí bylo všem účastníkům řízení doručeno dne 27. 2. 2020. Poslední den pro podání rozkladu připadl na 13. 3. 2020. Vzhledem k tomu, že jen včasný a přípustný rozklad má odkladný účinek, nabylo přezkoumávané rozhodnutí dne 14. 3. 2020 právní moci.

II. Důvod zahájení přezkumného řízení

8. Proti přezkoumávanému rozhodnutí, a sice proti výrokům I, II, III a V podal rozklad vybraný dodavatel, a to podáním ze dne 11. 3. 2020, které bylo Úřadu doručeno dne 13. 3. 2020.
9. Jak již bylo výše uvedeno, odkladný účinek má pouze včasné a přípustné odvolání (viz § 85 odst. 1 správního řádu). Výroky I, II, III a V, které vybraný dodavatel rozkladem napadl, byly vydány v části ex offo společného správního řízení, v níž je účastníkem řízení pouze zadavatel. Rozklad vybraného dodavatele coby neúčastníka příslušné části správního řízení je nutno kvalifikovat jako nepřípustný (viz rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 13. 5. 2020, č. j. ÚOHS-14105/2020/321/HBa, sp. zn. ÚOHS-R0054/2020/VZ).
10. V souladu s § 92 odst. 1 správního řádu však předseda Úřadu na základě rozkladu vybraného dodavatele přistoupil k posouzení toho, zda nejsou dány důvody pro zahájení přezkumného řízení. Předseda Úřadu a jím svolaná rozkladová komise získali pochybnosti o správnosti právního posouzení, ze kterého napadené rozhodnutí vychází, konkrétně o způsobu preventivní ingerence do postupu zadavatele, které přezkoumávané rozhodnutí ve své části ex offo představuje.

III. Průběh přezkumného řízení a důvod jeho zastavení

11. Přezkumné řízení bylo zahájeno usnesením předsedy Úřadu ze dne 7. 5. 2020, č. j. ÚOHS-13490/2020/321/HBa, sp. zn. ÚOHS-V0063/2020/PZ, které nabylo právní moci dne 29. 5. 2020.
12. Účastníci řízení nebyli vyzváni k vyjádření k podkladům rozhodnutí, neboť je rozhodováno zcela na základě obsahu správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0414/2020/VZ, který nebyl po právní moci přezkoumávaného rozhodnutí o nové podklady doplňován. Výzva k vyjádření k podkladům rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu se tak jevila neúčelnou a nevhodnou (srov. Vedral, J.: Správní řád. Komentář. Praha: RNDr. Ivana Hexnerová – BOVA POLYGON. 2012, str. 405).
13. Na základě návrhu rozkladové komise dle § 95 odst. 6 správního řádu jsem ve věci následně rozhodl, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno, přičemž jsem byl veden následujícími důvody.
14. Z ustanovení § 258 odst. 1 písm. a) zákona vyplývá, že Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky [...], při kterém rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu postupoval v souladu s tímto zákonem.
15. Z formulace citovaného ustanovení je pak patrné, že Úřad se ve své dozorové činnosti zaměřuje na zákonnost zadavatelova postupu, která je posuzována ex post.
16. Přezkoumávané rozhodnutí ruší zadávací řízení, které shledává netransparentním, neboť zadavatel dle právního názoru Úřadu již v důsledku plynutí času nemůže uzavřít smlouvu v souladu se zadávacími podmínkami a nabídkou vybraného dodavatele. Pokud k uzavření

smlouvy směřuje, je jeho postup nečitelný a nepředvídatelný. Na základě této úvahy pak Úřad dospívá k závěru, že jediný zákonný způsob ukončení zadávacího řízení spočívá v jeho zrušení.

17. S tímto právním posouzením a následným preventivním zásahem do zadávacího řízení se nelze ztotožnit.
18. Zadavatel v zadávacím řízení poptával rozšíření místního vodovodu, které mělo být provedeno smlouvou o dílo. Ze zadávacích podmínek i ze smlouvy o dílo vyplýval konkrétní termín plnění smlouvy a konkrétní členění nabídkové ceny podle období. Ze zadávacích podmínek ani z návrhu smlouvy o dílo nevyplývalo, že zadavatel požadoval uzavření fixní smlouvy, smlouva upravovala i prodlení a nevylučovala v tomto ohledu ani použití příslušných ustanovení občanského zákoníku.
19. Pokud přezkoumávané rozhodnutí vytýká zadavateli, že již nemůže uzavřít smlouvu v souladu s nabídkou a zadávacími podmínkami, není tato výtká případná, neboť změna textace smlouvy nebyla k jejímu uzavření nutná.
20. V soukromoprávních vztazích více než kde jinde platí princip autonomie vůle stran. Smluvní retroaktivita je v soukromém právu zásadně přípustná s výjimkami představovanými obcházením zákona, rozporem jednání s dobrými mravy či rozporem s veřejným pořádkem.
21. V posuzovaném případě bylo možné uzavřít smlouvu o dílo tak, jak byla v zadávacím řízení v nabídce předložena. Bylo na stranách smlouvy – na zadavateli a vybraném dodavateli – aby si posoudily, zda se hodlají ocitnout v situaci, kterou uzavření smlouvy v původní podobě způsobí, tedy v situaci, kdy jsou již jedna či druhá strana v prodlení a do jejich vztahu tak implicitně nastupují následky prodlení, ať již předpokládané zákonem či smlouvou, a současně v situaci, kdy případná změna smlouvy je limitována ustanovením § 222 zákona, tedy kdy je již patrně problematický termín splnění smlouvy stanovený na červen 2020, atd.
22. Tyto úvahy náleží nicméně zcela budoucím smluvním stranám smlouvy, která má být uzavřena, neboť ony jsou subjekty, které ponese jednak rizika vyplývající z uzavření smlouvy ve stávající podobě, jednak rizika vyplývající z případných pozdějších smluvních změn.
23. Postup zadavatele, který směřoval k uzavření smlouvy v zadávacím řízení, byl zřetelný a nelze v něm spatřovat prvky netransparentnosti. Nelze s jistotou usuzovat, že by zadavatel hodlal uzavřít smlouvu v rozporu s nabídkou a zadávacími podmínkami, kdy tomuto svědčí i procesní stanovisko zadavatele a vybraného dodavatele. Zadavatel tak čitelně šel k uzavření smlouvy v původním znění, a to včetně případných rizik s tím spojených. Úřadu nepřísluší předjímat budoucí nezákonný postup zadavatele a zabraňovat mu prostředky typu zrušení zadávacího řízení, neboť je toliko oprávněn, aby napravoval či sankcionoval pochybení, která již nastala.
24. K otázce zákonnosti přezkoumávaného rozhodnutí tak uzavírám, že jeho vydáním Úřad až s přehnanou horlivostí zasáhl do zadávacího řízení nad rámec své pravomoci dané mu ustanovením § 248 odst. 1 písm. a) zákona. Snaha Úřadu by byla pochopitelná tam, kde by preventivní zásah představoval jedinou možnost, jak vadný postup zadavatele zhojit. Hierarchie nápravných opatření takovou mezeru nicméně nezná. Pokud by bylo možné v postupu zadavatele spatřovat *in futuro* vadu, tak by šlo o vadu spočívající v přijetí

potenciálně podstatné změny závazku ze smlouvy. Takový postup zadavatele se může stát předmětem přezkumu před Úřadem hned ve dvou rovinách – v rovině správního řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy a v rovině správního řízení o přestupku.

25. Ačkoliv jsem shledal, že přezkoumávané rozhodnutí není zákonné, přistoupil jsem k zastavení přezkumného řízení, a to z následujících důvodů.
26. Dle § 94 odst. 4 správního řádu platí, že jestliže po zahájení přezkumného řízení správní orgán dojde k závěru, že ačkoli rozhodnutí bylo vydáno v rozporu s právním předpisem, byla by újma, která by jeho zrušením nebo změnou vznikla některému účastníkovi, který nabyl práva z rozhodnutí v dobré víře, ve zjevném nepoměru k újmě, která vznikla jinému účastníkovi nebo veřejnému zájmu, řízení zastaví.
27. Dle § 51 odst. 2 písm. d) zákona platí, že v případě zrušení zadávacího řízení je zadávací řízení ukončeno v okamžiku, kdy nabude právní moci rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podle § 263 zákona.
28. V posuzovaném případě Úřad zrušil výrokem II přezkoumávaného rozhodnutí zadávací řízení a toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 14. 3. 2020. V okamžiku, kdy přezkoumávané rozhodnutí nabylo právní moci, bylo zadávací řízení ukončeno se všemi účinky, které se k ukončení zadávacího řízení váží, zejm. se zánikem účasti dodavatelů v zadávacím řízení. Bylo-li zadávací řízení ukončeno, nelze již dosáhnout jeho „oživení“ zrušením přezkoumávaného rozhodnutí. Ukončení zadávacího řízení není navázáno na existenci „kontinuálního“ stavu, kdy je rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení v právní moci, nýbrž pouze na jeden okamžik, kdy takové rozhodnutí právní moci nabyde. Pozdějším zrušením takového pravomocného správního rozhodnutí nedochází k tomu, že by rozhodný okamžik nikdy nenastal, resp. zákonodárce nezavedl právní fikci, která by takto na zrušené pravomocné rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení pohlížela. Pouze takto může být zachována právní jistota účastníků zadávacího řízení, že ukončení zadávacího řízení je skutečně nevratnou *ex lege* skutečností. Tím se ukončení zadávacího řízení odlišuje od zrušení zadávacího řízení zadavatelem, které může být zpochybněno podáním námitek a následně podáním návrhu. Pokud je rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení zrušeno v rámci přijetí opatření k nápravě nebo v rámci správního řízení o návrhu, v zadávacím řízení se pokračuje, neboť nikdy nedošlo k jeho ukončení [srov. § 51 odst. 2 písm. b) a c)].
29. Při zvažování dalšího procesního postupu předseda Úřadu a rozkladová komise nepřehlédli, že zadavatel nepodal proti přezkoumávanému rozhodnutí rozklad, ve zprávě zadavatele uvedl, že zadávací řízení bylo zrušeno Úřadem, a zahájil nové zadávací řízení s týmž předmětem plnění (viz nen.nipez.cz) systémové číslo zakázky N006/20/V00007068. Lhůta pro podání nabídek v tomto řízení uplynula dnem 12. 5. 2020.
30. Z uvedených skutečností je pak zřejmé, že v případě, že by bylo přezkoumávané rozhodnutí zrušeno, vrátilo by se správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0414/2019/VZ do stádia řízení v prvním správním stupni, v němž by ovšem v důsledku ukončení zadávacího řízení již nemohl proběhnout účinný přezkum postupu zadavatele, neboť nápravné opatření lze uložit toliko v probíhajícím zadávacím řízení (obdobně viz rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 9. 2019, č. j. ÚOHS-R0112/2019/VZ-24881/2019/322/DJa, kdy právní názor obsažený v tomto usnesení o zastavení přezkumného řízení je dalším pomyslným evolučním stádiem právního

názoru uvedeného v odkazovaném rozhodnutí předsedy Úřadu). Správní řízení by tak bylo zastaveno pro odpadnutí důvodu pro vedení řízení ex offa (srov. § 66 odst. 2 správního řádu).

31. Z hlediska újmy, o níž hovoří ustanovení § 94 odst. 4 správního řádu, je nutno konstatovat, že zadavatel je se zrušením zadávacího řízení srozuměn a stejně tak byl s případným zrušením zadávacího řízení srozuměn navrhovatel (viz bod 19 přezkoumávaného rozhodnutí). Proti zrušení zadávacího řízení tak z pochopitelných důvodů brojil toliko vybraný dodavatel.
32. Zrušení přezkoumávaného rozhodnutí by představovalo rozkolísání právní jistoty ohledně skončení zadávacího řízení jak na straně zadavatele, tak současných uchazečů v novém zadávacím řízení, aniž by takový postup představoval přínos alespoň pro vybraného dodavatele, neboť jeho postavení by zrušením přezkoumávaného rozhodnutí již nebylo restituováno.
33. Jinými slovy tak lze uzavřít, že zrušení přezkoumávaného rozhodnutí by znamenalo narušení právní jistoty účastníků společného správního řízení, aniž by pro kohokoliv z nich představovalo přínos. V okamžiku, kdy přezkoumávané rozhodnutí nabylo právní moci, bylo totiž zadávací řízení nevratně ukončeno.

IV. Závěr

34. V přezkumném řízení byla řešena otázka, zda je Úřad oprávněn zasáhnout do postupu zadavatele a zrušit zadávací řízení v okamžiku, kdy lze předpokládat, že zadavatel bude postupovat v rozporu se zákonem (zde uzavře smlouvu v rozporu se zadávacími podmínkami a nabídkou). Takovou pravomoc však zákon Úřadu nesvěřuje. Mimoto v posuzovaném případě bylo možné, aby zadavatel smlouvu uzavřel zákonně, kdy neexistovaly důvody o takovém zákonném uzavření smlouvy pochybovat a dovozovat tak na straně zadavatele porušení zásady transparentnosti.
35. Předseda Úřadu v souladu s návrhem rozkladové komise nepřistoupil ke zrušení přezkoumávaného rozhodnutí, neboť v posuzovaném případě bylo zadávací řízení ukončeno dle § 51 odst. 2 písm. d) zákona a jako takové by již nemohlo být v pokračujícím správním řízení přezkoumáno. Zrušením přezkoumávaného rozhodnutí by tak bylo prakticky dosaženo pouze vedení bezpředmětného správního řízení, což by představovalo určitou míru zátěže pro jeho účastníky a narušení jejich právní jistoty ve stav správního i zadávacího řízení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení se podle § 94 odst. 4 v návaznosti na § 97 odst. 1 a § 76 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších právních předpisů, nelze odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. VODNÍ ZDROJE, a.s., Jindřicha Plachty 535/16, 150 00 Praha 5 – Smíchov
2. Česká republika – Česká rozvojová agentura, Nerudova 257/3, 118 00 Praha – Malá Strana
3. GEOTest, a.s., Šmahova 1244/112, Slatina, 627 00 Brno

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy